

GUARDA DOS FILHOS - UMA QUESTÃO QUE ULTRAPASSA OS LIMITES DA LEI

MÁRCIA CRISTINA ANANIAS NEVES

Advogada especializada em Direito de Família e das Sucessões.

Autora de várias obras jurídicas.

Um dos problemas mais sérios dentro do Direito de Família é a questão da guarda dos filhos decorrente da separação dos pais. Quando estes não a solucionam amigavelmente e optam por recorrer às vias judiciais, a situação torna-se ainda mais grave.

Como obrigar um jovem de 14 ou 15 anos a viver sob a guarda de um dos pais contra a sua vontade? Será que esses pais, mesmo tendo motivos relevantes, possuem esse direito? E o Judiciário? Qual o seu papel? Será que a lei pode ser friamente aplicada a estes casos?

São tantas as dúvidas que surgem quando o tema é a disputa pela guarda dos filhos que cremos conveniente fazermos algumas considerações.

O Código Civil em seu art. 384 determina que: *Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores : ... II - tê-los em sua companhia e guarda;*...

Dessa redação podemos ter a falsa impressão que *companhia e guarda* são palavras que possuem o mesmo significado, ou que, pelo menos foi essa a intenção do legislador ao redigir tal inciso.

Estar *em companhia de alguém* significa estar junto, perto; com essa pessoa ao lado.

Como também foi utilizado o conectivo *em* para guarda teríamos uma locução adverbial, *em guarda*, que significa estar prevenido ou precavido para algum golpe. Obviamente não foi esse o significado que o legislador quis dar a tal vocábulo, porém, omitindo erroneamente a preposição *sob* pode-se extrair desse atropelo gramatical a falsa idéia de que os pais estão precavidos em relação aos seus filhos e não, como verdadeiramente é, que aqueles os têm sob a sua proteção.

Além dessa desordem legislativa, formou-se a idéia de que ter os filhos em sua companhia ou sob sua guarda é um *direito* dos pais, quase um privilégio.

A partir disto, as disputas pela guarda e os pedidos de buscas e apreensões aumentaram, tanto do pai, que baseado em sentimentos de mágoa e ressentimento pela ex-mulher, crê-se no direito de exclusividade sobre os filhos; como pela mãe que foi traída, obtendo com isso, em sua concepção, um motivo mais do que justo para obter a guarda dos filhos.

Queremos chegar com essas ponderações ao conceito de guarda. Este não é e nunca foi *direito* dos pais, mas sim um *dever*. Esse dever de guarda, de possuírem os filhos sob sua custódia deverá ser exercido por ambos os pais quando casados, ou por um deles quando separados.

Importante frisar que, no caso de separação judicial, o genitor que não detém a guarda dos filhos não perde o pátrio poder. Estes dois conceitos quase sempre são confundidos.

Por isso mesmo vamos delinear bem essas situações jurídicas que na maioria das vezes se mesclam trazendo conseqüências desastrosas.

O *pátrio poder* é um conjunto de obrigações que a lei impõe aos pais com relação aos filhos menores e a seus bens. Tanto o pai quanto a mãe possuem o exercício do pátrio poder sobre o filho menor.

Aos pais cabe assegurar para que os filhos se desenvolvam de maneira integral e que, atingindo a idade adulta tenham todos os cuidados que necessitem.

A *guarda* dos filhos não é da essência do pátrio poder, pois este poderá ser exercido por pessoa diversa daquela que terá o direito de guarda do menor. O pátrio poder poderá ser dos pais, p. ex.: enquanto que a guarda poderá ser exercida por terceiro.

Não é o caso do casal separado ou divorciado. Mesmo a guarda dos filhos ficando com a mãe, o pai não deixa de ter o pátrio poder em relação a eles.

Portanto, ocorrendo qualquer tipo de separação entre os pais a guarda será deferida a um deles, amigável ou judicialmente, e ao outro surgirá o direito de visitas.

Neste momento já podemos conceituar a guarda dos filhos como sendo o dever de proteção que os pais, tutores ou responsáveis pelo menor possuem para com estes.

E esse dever de guarda do menor poderá surgir de que forma ?

Bem, no Direito brasileiro, há duas situações distintas e que possuem disciplina jurídica diferente. A primeira é a guarda da criança ou do adolescente em decorrência da separação de fato ou de direito de seus pais; e a segunda, é a *guarda de menores* de que trata o *Estatuto da Criança e do Adolescente*.

Em ambos os casos o conceito de guarda é o mesmo.

No entanto, o que nos motivou a escrever este artigo é a questão da guarda dos filhos em virtude da separação dos pais e é sobre esta questão que iremos tratar.

Quando um casal com filhos separa-se, poderá optar por três soluções: ou esse casal, por intermédio de um acordo amigável, dispõe sobre a guarda dos seus filhos ou deixa que esta decisão seja tomada em juízo, no caso de separação litigiosa ou em procedimento próprio de pedido de guarda; ou por último, dependendo das circunstâncias, os filhos poderão ser colocados sob a guarda de parentes.

Quando há um acordo, no caso da separação amigável ou consensual, dizemos que um genitor delega ao outro a guarda dos

filhos. Ao primeiro nasce o direito de visitas. Essa é uma faculdade dos pais expressada pelo art. 9º da Lei do Divórcio.

São os pais que decidem sobre o que é mais conveniente em todos os aspectos ficar sob a guarda da mãe ou do pai após a separação.

Se essa guarda convencionada pelos pais for contrária aos interesses do menor, o juiz poderá recusar a homologação do pedido da separação de acordo com o art. 34 da Lei do Divórcio. É evidente que essa interferência judicial, no caso de separação consensual, só será exercida em casos excepcionais.

Em qualquer hipótese a decisão judicial que dispõe sobre a guarda não transita em julgado, ou seja, poderá ser modificada a qualquer tempo desde que o interessado nessa modificação possua motivos supervenientes que desaconselhem a manutenção do menor sob a guarda do genitor que a detém.

O que prevalece sempre, tanto no tocante à guarda como à visita dos filhos é o *interesse* e o *bem-estar* do menor. Tanto a sentença que é fixada pelo juiz determinando a guarda como aquela que homologa o acordo, não fazem coisa julgada, podendo ser modificadas a qualquer momento desde que prevaleça esse interesse.

Nessa mesma linha segue a disciplinação de visitas.

Exigindo-se modificações favoráveis ao menor, estas deverão ser feitas pelo interessado.

A ação de modificação de guarda é feita pelo procedimento ordinário, sendo aconselhável o pedido expresso de busca e apreensão do filho.

Já para a regulamentação de visita é comum na separação consensual os próprios cônjuges convencionarem de que forma será feita. Para que possa ser modificada, o meio utilizado deverá ser o da ação ordinária.

O problema torna-se mais grave quando a separação é litigiosa, porque, na maior parte, das vezes são utilizados os motivos que um cônjuge possui em relação ao outro para repousar-se a questão da guarda.

A culpa da mãe pela separação do casal deverá levá-la a perder a guarda de um filho de pouca idade ? É claro que não. O que irá determinar os interesses da criança não é o relacionamento do pai com a mãe.

A criança possui o direito à proteção e este é pessoal, sendo exercitável contra ambos os pais.

O mau comportamento de um dos pais só irá influenciar na questão da guarda se este também tiver para com os filhos um comportamento inútil ou prejudicial, caso contrário, a culpa pela ruptura conjugal não deverá jamais ser utilizada para traçar do cônjuge culpado, um perfil de pai ou mãe indesejável para manter os filhos sob sua custódia.

As necessidades da criança obviamente são variáveis em conteúdo e intensidade, dependendo da idade, do sexo, da fase da vida em que se encontra, etc.

O julgador deve se concentrar nesse universo para determinar a guarda na separação litigiosa: no universo da criança.

Mas será que só isto é o suficiente? Será que analisando-se qual dos pais naquele momento reúne melhores condições morais, psíquicas, econômicas e intelectuais para assumir a proteção dos filhos basta, para o bem-estar dessa criança ou adolescente?

A lei é única; não se modifica de caso para caso; é impessoal.

A sentença aplicada pelo juiz no *momento* da separação poderá ser a mais acertada, porém, a médio e longo prazo essa decisão poderá ser desastrosa para o menor.

Não é por uma sentença de atribuição de guarda que se pode criar laços afetivos ou melhorar relacionamentos defeituosos entre pai e filho ou mãe e filho.

Voltemos à questão levantada no início do artigo.

Como uma sentença de atribuição de guarda poderá determinar que um filho adolescente ou mesmo criança conviva com aquele que justamente ele não tinha identidade ou afinidade?

Sabemos que no relacionamento entre pais e filhos, e agora permitimo-nos embrenhar nos sinuosos caminhos da psicologia,

não basta a ligação genética, é preciso muito mais que isso, a ligação afetiva. Esta é conseguida por meio de um trabalho de conquista como qualquer outro, onde se utiliza amor, carinho, afeto, e de um esforço em conjunto para que os sentimentos de amizade e lealdade sejam desenvolvidos de uma forma natural.

Pois bem. A lei, sendo impessoal e a sentença sendo a aplicação da lei no caso concreto, não possui, ao nosso ver, mecanismos para criar, modificar ou supervisionar relacionamentos afetivos entre pais e filhos.

No momento da separação, o melhor para a criança seria ficar com o pai, p. ex.: por uma série de *qualidades* que este possui sobre a mãe. Qual a garantia que a lei nos dá de que esta decisão continuará acertada daqui a algum tempo?

Mesmo que seja ouvido o menor e ele decida, naquele momento, com quem deseja ficar, quem nos garantirá que esta decisão não está sendo tomada por sentimentos de mágoa e ressentimento provocados pela culpa da separação atribuída a um dos pais?

Não podemos esquecer que quando a criança convive com pais que estão separando-se litigiosamente, mesmo sem querer, ela participa, toma partido, ora de um, ora de outro.

Essa reunião de problemas pessoais entre os cônjuges que não tem absolutamente nada a ver com a atribuição de guarda, como já dissemos, poderá provocar a opção da criança por um ou outro genitor, até inconscientemente.

A disputa pela guarda em um procedimento litigioso é extremamente desgastante até para os profissionais envolvidos. Quanto ao alvo da disputa, o filho, nem seria necessário descrever a carga emocional e psicológica que sofre antes, durante e após a determinação da guarda.

O que então poderia ser feito para amenizar essa questão tão delicada e difícil? Penso que uma solução interessante seria a reunião de profissionais da área do Direito com os da área médica e social, como psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais, num trabalho preventivo até, feito com o casal primeiramente, a fim de

evitar um conflito maior envolvendo procedimentos como perícia p. ex.: e se esse objetivo não fosse conseguido, um acompanhamento durante o processo e após a sentença seria muito importante.

Além desse acompanhamento, que chamamos de preventivo possuir exatamente essa função, a de suavizar o conflito e fazer com que os vínculos de afeto e carinho da família continuem presentes, prepararia tanto o guardião para exercer sua função; o outro para cumprir uma sentença que tirará o filho da sua companhia dando-lhe somente o direito às visitas; como também a criança envolvida, definindo bem os relacionamentos e fazendo com que ela perceba que o relacionamento pessoal dos seus pais não possui nenhuma ligação do seu com eles.

Mesmo com esse trabalho, é importante salientar que seqüelas sempre ficarão numa disputa de guarda, especialmente no filho, provenientes de hostilidades e muitas vezes de reivindicações exageradas e impossíveis de serem cumpridas. Seria muito melhor para o bem-estar de todos que fosse tentado um acordo para essa atribuição de guarda ao invés de um conflito.

O filho não é e nunca foi um troféu daquele que detém a guarda, para que o exiba como um prêmio por ter obtido a vitória. Aliás, nesta disputa nunca haverá vencedores, só perdedores.

Vários são os mecanismos legais de que nós, profissionais do Direito, dispomos para fazer cumprir uma sentença, porém neste caso, temos certeza que, o que fará com que esse menor desenvolva-se da melhor maneira possível com este ou aquele guardião é a conscientização dos próprios pais de que o que tiver de ser feito, sempre, deverá ter como causa o amor, a compreensão e o respeito que o filho merece, e isso *vai além dos limites da lei*.